

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Obra fotográfica. Originalidad. Distinción con las meras fotografías.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª

**FECHA:** 29-7-2005

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 08019370152005100209. Actualización: 10-10-2011.

**OTROS DATOS:** Sentencia 377/2005. Recurso 70/2004.

### SUMARIO:

*“... se hace necesario distinguir entre la obra fotográfica, creación original y artística, y la mera fotografía. Aquélla precisa dentro de su singularidad que, aunque no ostente necesariamente un carácter novedoso, sea creativa, esto es, que se justifique, ya subjetivamente por ser reflejo de la personalidad de su autor, ya objetivamente por constituir un enriquecimiento del acervo cultural de la sociedad”.*

[...]

*“Diversamente, la mera fotografía se ha definido en sentido negativo por carecer de los requisitos que conforman la obra fotográfica. En este sentido tendrán tal consideración aquéllas fotografías que se limiten a recoger de forma ordinaria o común escenas, figuras o acontecimientos de la realidad aunque sea con gran precisión técnica y perfección de imagen”.*

**COMENTARIO:** A nuestro parecer, el único factor que debe tomarse en cuenta para la apreciación de la originalidad de una obra, incluyendo a la fotográfica, es el sello o la marca personal del autor, como reflejo de su personalidad, pues juzgar la originalidad desde la perspectiva de la *altura creativa* entraría en conflicto con el principio, recogido expresamente en muchas legislaciones, por el cual las obras están protegidas cualquiera que sea su mérito. Y con mayor en el ámbito europeo, si se toma en cuenta el considerando 17 de la Directiva 93/98/CEE sobre armonización de los plazos de protección, cuando precisa que *“... una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad”*. El problema fundamental radica en que si en la ley nacional aplicable no se reconoce la protección *sui generis* a las *meras fotografías*, el requerimiento de la *novedad objetiva* a las fotografías para gozar de la protección por el derecho de autor, podría dejar en una especie de limbo jurídico a fijaciones fotográficas que a pesar de cumplir al menos con un mínimo de originalidad, no llegaran a tener esa especial *altura creativa*, ante cuya utilización no autorizada tendría que acudir a

otras figuras como el enriquecimiento injusto o la competencia desleal, con resultados impredecibles. En todo caso, corresponde a la autoridad judicial (o incluso a la administrativa, cuando tiene competencia para dirimir conflictos en cuanto al goce y el ejercicio de los derechos, como sucede en algunos países latinoamericanos), apreciar la originalidad o no de la obra desde la perspectiva de la impronta personal del autor, así como de descartarla cuando en su criterio sea evidente, sin necesidad de ninguna otra prueba, la ausencia de creatividad. © **Ricardo Antequera Parilli, 2011.**

### **TEXTO COMPLETO:**

*En la Ciudad de Barcelona, a veintinueve de julio de dos mil cinco.*

*Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, el Procedimiento Ordinario que con el número 37372003 se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y cuatro de los de Barcelona a instancia de D. Jaime representado por la Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> Olanda López Grana y asistida de letrado, contra ENCICLOPEDIA CATALANA, SA, representada por la Procurador de los Tribunales D. Xavier Ranera Cahís y asistidas de letrado, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud de recurso apelación interpuesto por ambas litigantes contra la sentencia de diecisiete de septiembre de dos mil tres por dicho Juzgado.*

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor siguiente: Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Olanda López Graña Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de D. Jaime contra Enciclopedia Catalana SA y en su virtud debo condenar y condeno a la demandada a abonar al demandante la cantidad de 2.500 euros. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia las comunes por mitad.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación fue admitido en ambos efectos, se elevaron las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de la parte recurrente y comparecida la misma se siguieron los trámites legales y se señaló para la votación y fallo del

*recurso la fecha del seis de julio del año en curso.*

**TERCERO.-** En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

*VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JORDI LLUÍS FORGAS I FOLCH.*

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En su demanda el actor, D. Jaime pretende que se condene de la demandada, Enciclopedia Catalana SA, al pago de 27. 585 euros por el concepto de daño patrimonial y de 60.000 euros por el de daño moral. Tal pretensión se basa en la problemática derivada de unas fotografías realizadas por el actor, a encargo de la demandada y que se adjuntaron a la demanda como documentos núm. 1 a 156, las cuales han sido utilizadas por parte de Enciclopedia Catalana, SA, en su obra Gran Enciclopedia Catalana apareciendo en unas de ellas (doc. 1 a 143) el apellido del Sr. Jaime junto a la fotografía publicada en la referida obra y en otras no (doc. núm. 144 a 156).

*La sentencia de primera instancia consideró tales fotografías como meras fotografías a los efectos que se previenen en la Ley de Propiedad Intelectual y, sobre la base de lo establecido en el artículo 140 de la citada Ley, condenó a la demandada al pago de 2.500 euros por la utilización de aquéllas en las que no aparecía el nombre del actor al considerar infringido el derecho de paternidad que conserva, señaló la sentencia apelada, el autor de las mismas aún a pesar de tratarse de meras fotografías.*

*El recurso que formula el actor lo es sobre la base de pretender con la revocación parcial de la sentencia, la estimación íntegra de sus pretensiones. El que formula la demandada, diversamente, pretende la revocación íntegra de aquélla.*

**SEGUNDO.-** *Para el correcto análisis del recurso se hace necesario distinguir entre la obra fotográfica, creación original y artística, y la mera fotografía. Aquélla precisa dentro de su singularidad que, aunque no ostente necesariamente un carácter novedoso, sea creativa, esto es, que se justifique, ya subjetivamente por ser reflejo de la personalidad de su autor, ya objetivamente por constituir un enriquecimiento del acervo cultural de la sociedad.*

*No obstante el artículo 6 de la Directiva 93/98 hace más hincapié en el aspecto subjetivo pues señala que son fotografías originales las que sean creaciones intelectuales propias de su autor. En el Considerando 17 se determina que la fotografía debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como el mérito o la finalidad. La originalidad podrá resultar tanto de su captación como de su ejecución.*

*Diversamente, la mera fotografía se ha definido en sentido negativo por carecer de los requisitos que conforman la obra fotográfica. En este sentido tendrán tal consideración aquéllas fotografías que se limiten a recoger de forma ordinaria o común escenas, figuras o acontecimientos de la realidad aunque sea con gran precisión técnica y perfección de imagen. Ese carácter común de la mera fotografía confiere a su realizador la aplicación del contenido de los derechos conferidos en el Título V del Libro II del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual frente a lo dispuesto en el Capítulo III del Libro I respecto al autor de la obra fotográfica.*

*En efecto, los derechos del realizador de la mera fotografía son los de reproducción distribución y comunicación pública que refiere el artículo 18 LPI y con los límites recogidos en los artículos 31 y 37 por así desprenderse del art.132. En este sentido el realizador de una mera fotografía no ostenta derechos morales de autor sobre esta ni otros derechos exclusivos.*

**TERCERO.** *En las presentes actuaciones las fotografías aportadas se limitan a reproducir de forma normal, escenas de la vida, figuras de minerales, paisajes, objetos cotidianos, plantas animales, sin incorporar elementos estéticos o artísticos. De ahí que lo cedido por el demandante en su día a la editorial demandada se tratase de simples fotografías destinadas a complementar el amplio y variado contenido de los textos que conforman la enciclopedia, sin otras pretensiones innecesarias para tal fin.*

*El hecho que las fotografías fueran realizadas con precisión técnica no resulta relevante a los efectos de considerar las fotografías como obra fotográfica. Lo realmente relevante para ostentar la cualidad de obra fotográfica se representada más por el continente que por el contenido, pues aquel es como señala la STS de 29 de marzo de 1996 el resultado de incorporar a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produce la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer reproductor del fotógrafo.*

*En las fotografías del actor no se aprecia ni se desprende la impronta ó la personalidad de su realizador, ni una específica capacidad creativa y/o intelectual que transforme artísticamente la realidad exterior captada. Ello da lugar a que ésta sea sólo acreedora, en su aso, de las remuneraciones que refiere el artículo 128 de la LPI y no la de la postulada por infracción de derecho moral al no ostentar el carácter de obra fotográfica que refiere el artículo 10.1 h) LPI, únicamente predicable ( art.14 y ss) de éstas.*

**CUARTO.-** Enlazando con lo anterior, esto es, si el demandante como realizador de las fotografías tiene derecho al percibo del importe reclamado por la infracción de derechos patrimoniales, conviene analizar la excepción de prescripción que opuso la parte demandada Enciclopedia Catalana, SA, a la acción ejercitada por el actor, excepción que se sustentó en lo prevenido en el artículo 140.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.

El actor indicó en la demanda la vulneración de sus derechos desde el año 1989 hasta el mes de abril de 2002, al entender que en las reimpresiones de la Gran Enciclopedia Catalana se estaba verificando un uso de las fotografías por él no autorizado. Esas infracciones, alegó el demandante, las conoció (no antes) por el resultado de sus averiguaciones (llevadas a cabo en el año 2000, aproximadamente, cuando indicó que las mismas formaban parte de su currículum vitae lo que fue puesto en duda por aquellos a los que el currículum iba dirigido, lo que le determinó a averiguar y descubrir el hecho ilícito que denuncia en las presentes actuaciones) y, posteriormente, de las diligencias preliminares que dieron origen al acta que obra acompañada como documentos números 157 y 158 de la demanda.

La sentencia de primer grado por existir dudas fácticas acerca del inicio del cómputo del dies a quo que establece el artículo 140.2 de la LPI, optó por no declarar la prescripción de la acción ejercitada, no obstante, vinculó el debate a esclarecer la índole de la cesión de las fotografías pues el actor alegó haber cedido su uso en forma no exclusiva y para una sola edición, mientras que la demandada estima que tal cesión se realizó sin limitaciones.

Partiendo de hechos incontrovertidos como que cesión obedeció a un pacto verbal, que por las fotografías el actor obtuvo, en el año 1988, 450.000 pesetas, pero sobre todo, que la cesión había obedecido a un encargo de la editorial demandada, la cuestión debe situarse dentro del normal contenido obligacional del contrato de obra. En este sentido y ante la falta de prueba por parte del actor (art. 217 LEC),

del carácter limitado de la cesión de las fotografías a una primera edición (lo que en modo alguno puede ser correcto pues la obra enciclopédica no estaba ya en la primera edición) o reimpresión, resulta razonable considerar que la cesión tuviera un carácter de ilimitada dada la propia naturaleza del encargo y la finalidad a la cual iban a ser destinadas las fotografías, esto es, a servir de complemento gráfico al texto de la enciclopedia, enciclopedia que, a nadie se le escapa, sería, objeto, como lo fue y es, de múltiples reediciones. Por ello, de lo anterior, no resulta infracción de clase alguna, lo que veda que pueda hablarse de prescripción y asimismo determina que deba desestimarse la demanda del actor y por en de su recurso.

**QUINTO.-** Sí debe prosperar el recurso de la parte demandada. La sentencia de primer grado, al hilo de lo dicho anteriormente, otorgó la indemnización de 2.500 euros debido a que la conducta de la demandada, consistente en no incluir, en algunas fotografías (las que refieren los docs. 144 a 156), el nombre del actor comportaba una lesión al reconocimiento de la autoría del demandante.... referida a la reivindicación de la paternidad de la fotografía de cara a terceros. Como hemos adelantado los derechos que confiere el artículo 128 de la LPI abarcan sólo la esfera patrimonial y no los de índole moral. La indemnización concedida por violación del derecho de paternidad sobre la obra que establece el artículo 14.3 LPI sólo es predicable para el autor de una obra protegida (en el mismo sentido, el art. 6 bis del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 para la protección de obras literarias o artísticas revisado en París el 24 de julio de 1971) pero no para el realizador de meras fotografías tal y como recuerda la STS de 31 de diciembre de 2002. Por lo tanto la pretensión otorgada resulta inadecuada pues está fundamentada en una premisa incorrecta, esto es, el resarcimiento al amparo del artículo 14.3 de la LPI dado que, éste y no otro -como precisamos en nuestra sentencia de 10 de septiembre de 2003 (RA 384/2001)-, es el derecho que se dice infringido (el reconocimiento de la condición de autor de las fotográficas a causa de su omisión).

**SEXTO.-** Los costas de esta alzada devengadas por los recursos se han de imponer a la parte apelante a la que se ha desestimado el mismo. Las devengadas en la primera instancia se han de imponer a la parte actora al haberse desestimado íntegramente sus pretensiones.

**FALLAMOS**

*DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D. Jaime y ESTIMAMOS el formulado por ENCICLOPEDIA CATALANA SA contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Primera Instancia número Cuarenta y cuatro*

*de los de Barcelona, la cual REVOCAMOS y dictamos otra en su lugar por la desestimamos en su integridad la demandada deducida por D. Jaime contra Enciclopedia Catalana, SA, con imposición de las costas de la primera instancia la parte demandante y las de la segunda al mismo litigante por la desestimación de su recurso apelación.*

*Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.*

*PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el lltmo.Sr.Magistrado-Ponente, celebrando audiencia pública; doy fé.-*